

Les mystères attachés à la notion de modification du contrat de travail entraînée par le transfert d'entreprise

par Dirk BAUGARD, Professeur à l'Université Paris-8 Vincennes – Saint-Denis (Paris Lumières)

PLAN

I. Les mystères liés à la notion de modification entraînée par application de l'article L. 1224-1 du Code du travail

- A. L'articulation des notions
- B. L'articulation des régimes

II. Les mystères liés au licenciement prononcé en cas d'opposition à la modification entraînée par le transfert

- A. La nature du licenciement
- B. La justification du licenciement

1. Rares sont les arrêts de la Chambre sociale qui ont reçu un accueil doctrinal aussi critique et sévère que celui qui a été réservé à l'arrêt rendu le 1^{er} juin 2016 (1), objet de ce commentaire. Provoquant la surprise, voire un malaise chez un auteur (2), signe possible d'un oubli de l'esprit du transfert d'entreprise pour un autre (3), l'arrêt fait naître chez un dernier commentateur l'espoir conclusif que les Hauts magistrats sauront « rapidement se reprendre » (4). Seul un commentateur anonyme estime que la « solution adoptée (...) se comprend et est conforme à la jurisprudence européenne », avant de concéder, toutefois, qu'elle « suscite bien des questions d'ordre conceptuel » (5). Si les reproches doctrinaux adressés à l'arrêt sont pour la plupart fondés, il est apparu utile d'y ajouter un commentaire supplémentaire aspirant à mieux comprendre, d'une part, la notion de modification du contrat de travail entraînée par l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail et, d'autre part, son régime, central dans cette affaire.

2. La Cour de cassation se montre peu prolix s'agissant des faits et des lieux procéduraux ayant précédé le pourvoi qui lui est soumis. Une salariée avait été engagée à compter du 15 novembre 2005 en qualité de secrétaire comptable par une société qui, parmi différentes activités, menait une activité de « gestion des tiers payants », cette activité étant exercée au siège de la société à La Seyne-sur-Mer (Var). Par lettre du 15 octobre 2011, la société a informé l'intéressée que, du fait de son affectation exclusive à cette activité de gestion des tiers payants et de la cession avec effet au 1^{er} novembre 2011 de cette branche d'activité à la société Tiers Payants Assistance (TPA), son contrat de travail était transféré en application des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail à cette société. Outre une discussion possible relative à l'application de ces dispositions à l'espèce, la difficulté provenait du fait que la société reprenant l'exercice de cette branche d'activité ayant son siège à Lyon, la salariée était informée que ses fonctions seraient exercées dans cette ville. L'arrêt enseigne seulement que, refusant le changement de son lieu de travail du fait de l'éloignement géographique, la salariée a été licenciée par la société TPA

par lettre du 25 novembre 2011, sans autre précision, notamment quant aux motifs y figurant.

3. La salariée contesta la légitimité de son licenciement en discutant à la fois l'applicabilité de l'article L. 1224-1 à sa situation et, subsidiairement, le fait que son refus de travailler dans un nouveau lieu de travail puisse justifier la rupture du contrat prononcée par le cessionnaire. Déboutée par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, elle forma un pourvoi comptant un moyen unique, divisé en quatre branches. La première branche reprochait à la Cour d'appel de ne pas avoir suffisamment constaté que les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code travail étaient réunies, en n'indiquant pas « en quoi l'activité de gestion des tiers payants était exercée par un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels poursuivant un objectif propre ». La deuxième faisait grief à la Cour d'appel de ne pas avoir répondu au moyen par lequel elle avait fait valoir qu'à l'instar des autres membres du personnel, l'exposante travaillait indifféremment sur les tâches de tiers payants, de comptabilité, de secrétariat et de gestion des stocks de toutes les

(1) N° 14-21.143, reproduit ci-après, p. 677.

(2) J. Icard, « Dénaturation du droit d'opposition au transfert affectant le contrat de travail », Cahiers sociaux, 2016, n° 287, p. 360.

(3) P. Bailly, « L'esprit du transfert d'entreprise serait-il oublié ? », SSL 2016, n° 1728.

(4) J. Mouly, « La modification du contrat de travail consécutive au transfert d'entreprise : quelle cause de licenciement en cas de refus du salarié ? », Dr. Soc. 2016, p. 775.

(5) RJS 8-9/16, n° 553.

pharmacies dont la société Sud santé services avait la charge, et qu'elle avait été la seule à s'être vue signifier le transfert de son contrat de travail. Ces deux critiques sont sèchement écartées par la Cour de cassation, qui estime qu'il n'y a pas là matière à statuer par une décision spécialement motivée, ces branches n'étant manifestement pas, selon elle, de nature à entraîner la cassation.

4. On présentera plus loin la critique articulée dans la quatrième branche, car l'intérêt de l'arrêt, publié au Bulletin, gît de toute évidence dans la troisième branche qui soulevait la question la plus sensible. La salariée cherchait, en effet, à se prévaloir d'une solution jurisprudentielle posée par la Cour de cassation dans un arrêt du 30 mars 2010 (6), ainsi exprimée : « lorsque l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail entraîne une modification du contrat de travail autre que le changement d'employeur, le salarié est en droit de s'y opposer ; qu'il appartient alors au cessionnaire, s'il n'est pas en mesure de maintenir les conditions antérieures, soit de formuler de nouvelles propositions, soit de tirer les conséquences de ce refus en engageant une procédure de licenciement » (7). Manifestement, le pourvoi allait plus loin que l'arrêt précité en faisant valoir que si, dans cette circonstance, le cessionnaire a la faculté de tirer les conséquences de ce refus en engageant une procédure de licenciement, « *ledit refus ne peut,*

à lui seul, constituer un motif de rupture du contrat de travail ». Le pourvoi reprochait ainsi à la Cour d'appel d'avoir dit justifié le licenciement motivé par le « *refus de changement (des) conditions de travail* » (sic), alors qu'elle avait, au préalable, relevé que le transfert du contrat de travail de la salariée entraînait la modification d'un élément essentiel de ses conditions d'exécution ; selon lui, dans ces conditions, « *le refus exprimé par l'intéressée ne pouvait constituer un motif de licenciement* ». Le grief est écarté par la Cour de cassation, qui reprend mot pour mot la formule adoptée dans l'arrêt du 30 mars 2010, puis ajoute que « *la cour d'appel qui a constaté que le transfert partiel à la société TPA, sise à Lyon, de l'entité économique à laquelle était rattachée la salariée avait entraîné par lui-même une modification de son contrat de travail, en a exactement déduit que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse* ».

5. Le commentaire de l'arrêt impose une interrogation relative à la notion de « *modification du contrat entraînée par l'application de l'article L. 1224-1* », bien qu'elle n'ait pas été discutée par le pourvoi (I). S'il nous semble que le régime applicable à ce type de modification a été appliqué à tort dans la présente espèce, la conception que semble en retenir l'arrêt doit être étudiée, malgré sa motivation succincte, voire expéditive (II).

I. Les mystères liés à la notion de modification entraînée par application de l'article L. 1224-1 du Code du travail

6. La situation envisagée est très singulière : alors que le transfert d'entreprise suppose, en principe, le maintien du contrat à l'identique avec le nouvel employeur, il existerait des circonstances dans lesquelles il entraîne « *par lui-même* », pour citer les termes de la Cour d'appel d'ailleurs repris par la Cour de cassation, la modification du contrat de travail. Cette articulation fort originale des notions mérite d'être mieux comprise (A). Assez naturellement, elle a pour conséquence une articulation particulière des régimes respectifs du transfert d'entreprise et de la modification qu'il entraîne, bien que celle-ci soit peu mise en évidence par l'arrêt (B).

A. L'articulation des notions

7. Les rapports entre la modification du contrat et le transfert d'entreprise sont, *a priori*, simples. La directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 porte sur le « **maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises** », ce dont la Cour de justice déduit logiquement qu'elle « *tend à assurer le maintien des droits des travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise en leur permettant de rester au service du nouvel employeur dans les mêmes conditions que celles convenues avec le cédant* » (8). En principe, le transfert d'entreprise ne peut donc pas constituer, pour le cessionnaire, un prétexte lui permettant de modifier le contrat : s'il peut, une fois le transfert

(6) Cass. Soc. 30 mars 2010, n° 08-44.227, Bull. civ. V, n° 79.

(7) L'arrêt ajoutait qu'« *à défaut (pour l'employeur de prendre l'une de ces initiatives), le salarié peut poursuivre la résiliation judiciaire du contrat, laquelle produit alors les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, sans préjudice du recours éventuel entre les employeurs successifs* ». En irait-il de même aujourd'hui, après

l'évolution sensible de la jurisprudence relative à la justification de la résiliation judiciaire et de la prise d'acte tendant à la disparition de causes justifiant automatiquement l'une et l'autre ?

(8) V. not. CJCE, 10 février 1988, *Tellerup*, dit *Daddy's Dance Hall*, 324/86, Rec. p. 739, point 9, Dr. Ouv. 1989, p. 319, n. F. Saramito.

opéré, proposer à un ou des salariés des modifications de son ou de leur contrat de travail comme tout employeur – en respectant le régime applicable à cette proposition – il ne peut, en revanche, subordonner le transfert du contrat de travail à l'acceptation par le salarié de sa modification préalable (9). De façon générale, la Cour de cassation se montre vigilante et juge que des modifications intervenues pour contourner les effets de l'article L. 1224-1 doivent être considérées comme frauduleuses et, partant, inefficaces (10).

8. L'arrêt conduit cependant à envisager une articulation plus complexe du transfert et de la modification : celle dans laquelle la seconde est *entraînée* par la première, sans porter sur l'identité de l'employeur – précision maladroite, nous semble-t-il – (11). Loin d'être familière, cette situation reste difficile à appréhender concrètement. Si le Code du travail n'y fait aucunement référence, la directive du 12 mars 2001, dont on sait qu'elle domine la matière, semble bien l'évoquer à l'article 4 § 2, dans des termes propres au droit de l'Union européenne : « *si le contrat de travail ou la relation de travail est résilié du fait que le transfert entraîne une modification substantielle des conditions de travail au détriment du travailleur, la résiliation du contrat de travail ou de la relation de travail est considérée comme intervenue du fait de l'employeur* ». Cette modification singulière n'est donc envisagée que dans un contexte qui l'est tout autant : *entraînée* par le transfert, elle doit être « à l'origine », si l'on peut dire, de la *résiliation du contrat*.

9. On ne trouve malheureusement pas dans la jurisprudence de la Cour de justice d'éclairages précis sur les situations qui sont concernées par cette disposition ou, plus exactement, sur *la nature des rapports entre contrat et transfert d'entreprise qui sont ainsi visés*. La Cour, en effet, a pour l'essentiel retenu une position fort prudente sur le *régime* correspondant : à ce stade du commentaire, il suffit de relever qu'elle a jugé que l'article 4 § 2 doit être interprété en ce sens

que, dans l'hypothèse d'une résiliation du contrat de travail ou de la relation de travail « *dictée par la réunion des conditions d'application de cette disposition* » et « *indépendante d'un quelconque manquement du cessionnaire à ses obligations découlant de ladite directive* », il n'obligeait pas les États membres à garantir au travailleur un droit à une indemnité financière à la charge de ce cessionnaire, dans des conditions identiques au droit dont un travailleur peut se prévaloir lorsque son employeur met *illégalement* fin à son contrat de travail ou à sa relation de travail (12). Autrement dit, alors que la salariée se plaignait dans cette affaire d'une dégradation de ses conditions de travail après le transfert de son contrat de travail en raison du changement de l'accord collectif applicable, et prétendait qu'elle « *aurait eu l'obligation de se déplacer dans d'autres locaux* » (13), ce qui l'avait conduite à prendre l'initiative de la rupture du contrat et à solliciter différentes sommes au titre d'une rupture illégale, la question préjudicielle posée ne portait pas sur les *conditions d'application* de l'article 4 § 2 (14) mais sur les conséquences qui y étaient attachées. La Cour de cassation, quant à elle, n'a, à notre connaissance, eu recours à la « notion » de modification entraînée par l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail que dans un arrêt antérieur à l'arrêt commenté, en date du 30 mars 2010 – sur lequel nous reviendrons dans quelques instants – sans véritablement expliciter ce qu'elle recouvrait.

10. Aussi faut-il reconnaître que le lien exact qu'exprime le verbe « *entraîner* » entre le transfert d'entreprise et la modification du contrat de travail n'est pas bien connu. La directive du 12 mars 2001 ayant pour objectif de *maintenir les droits du salarié* et, comme le dit un spécialiste de la matière européenne, d'assurer la *subrogation* du cessionnaire dans les droits et obligations du cédant (15), il semble raisonnable d'avancer que cette circonstance devrait *par définition* être rare : le maintien du contrat à l'identique doit, en effet, être le principe. La notion de « *modification entraînée par le transfert* » pourrait ainsi

(9) Cass. Soc. 9 mars 2004, n° 02-42.140. L'arrêt insiste sur le fait que l'employeur avait érigé l'acceptation par le salarié de modifications de son contrat comme une « *condition (...) à la reprise du salarié* », ce qui tendait à éluder les dispositions d'ordre public de l'article L. 122-12, al. 2 – devenu l'article L. 1224-1.

(10) V. par ex. Cass. Soc. 14 janvier 2004, n° 01-45126, Bull. civ. V, n° 9.

(11) On se permettra de relever que la formule générale retenue par la Cour de cassation est discutable lorsqu'elle fait référence à une « *modification du contrat de travail autre que le changement d'employeur* ». Il est, en effet, douteux que le changement d'une partie à un contrat en constitue, à proprement parler, une modification. Si tel était le cas, les discussions relatives à la mobilité intra-groupe issues d'un arrêt du 15 octobre 2014 (n° 11-22.251) et auxquelles un arrêt du 8 juin 2016 (n° 15-17.555) a entendu mettre un terme pourraient sembler fort disproportionnées. On notera, d'ailleurs, que l'article L. 1224-1 du Code du travail est généralement présenté par les auteurs

civilistes comme un exemple de *cession légale de contrat* (v. par ex. S. Porchy-Simon, *Les obligations*, Hypercours Dalloz, 9^{ème} éd., 2016, n° 1177, p. 546 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, Coll. Cours, 12^{ème} éd., 2016, n° 399 p. 353 ; Flour, Aubert et E. Savaux, *Les obligations 3 - Le rapport d'obligation*, 9^{ème} éd., 2015, n° 423, p. 415).

(12) CJUE, 27 novembre 2008, C-396/07.

(13) Arrêt, point 13.

(14) La juridiction finlandaise avait, dans sa question soumise à la Cour de justice, estimé que la salariée avait connu « *une détérioration considérable de ses conditions de travail du fait d'un transfert d'entreprise* », l'applicabilité de l'article 4 § 2 n'étant ainsi pas discutée.

(15) P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2014, n° 392, p. 435.

être consignée aux cas dans lesquels l'application *mécanique* de l'article L.1224-1 du Code du travail ne peut permettre un maintien complet des droits du salarié, contrairement à son objet, *hors toute volonté du cessionnaire* (16). Sans vouloir trop faire dire à un seul mot, la proposition peut trouver un certain appui dans deux des sens que confère le Dictionnaire culturel « Le Robert » au verbe entraîner : « *emmener quelque chose de force avec soi* » et « *avoir pour conséquence nécessaire, inévitable* ». Sur un plan plus technique, la proposition pourrait se prévaloir d'une formule de la Cour de justice selon laquelle l'objet de la directive est « *de garantir, **autant que possible**, la continuation des contrats ou des relations de travail **sans modification** avec le cessionnaire, afin d'empêcher que les travailleurs concernés soient placés dans une position moins favorable du seul fait du transfert* » (17). Puisqu'elle doit être exceptionnelle, la modification entraînée par le transfert devrait être *inévitabile* et s'induire *nécessairement* du transfert, ce qu'illustrerait bien l'arrêt précité du 30 mars 2010.

11. En l'espèce, en effet, la difficulté trouvait sa source dans le fait qu'un salarié était affecté à plusieurs activités au sein de l'entreprise cédante et que le transfert ne portait que sur l'une d'entre elles, qui était « exercée » par une entité économique autonome. L'application *automatique* du transfert du contrat de travail ne pouvait, en l'état de la jurisprudence de la Chambre sociale d'alors, que conduire à une modification du contrat. En effet, les Hauts magistrats jugeaient que, dans l'hypothèse d'une cession partielle de l'entreprise n'affectant qu'en partie l'emploi d'un salarié, le transfert devait s'opérer en proportion de la part de l'activité que l'intéressé exerce dans l'entité transférée (18). Dès lors, le transfert en cause entraînait *nécessairement* et par *lui-même* une modification du contrat de travail : d'une part, parce que le salarié était désormais lié à deux employeurs par deux contrats de travail à temps partiel distincts ; d'autre part, parce qu'il était anciennement VRP exclusif, ce qu'il ne pouvait évidemment plus être du fait de l'exercice de son activité pour deux employeurs (19).

12. Aussi peut-on légitimement douter, à la suite d'autres auteurs, que les faits à l'origine de l'arrêt commenté aient véritablement fait apparaître une modification du contrat de travail *entraînée* par l'application des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail, *ce qui n'était toutefois pas contesté par le pourvoi*. Rappelons que cette modification consistait, en l'espèce, dans un changement de lieu de travail qui excédait le secteur géographique dont relevait initialement la salariée. Or, l'on ne voit pas comment le transfert d'une entité économique, c'est-à-dire d'« *un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels poursuivant un objectif économique propre* » (20) devrait par « *lui-même* » entraîner inéluctablement un changement de lieu de travail, alors que *celui-ci n'est pas un élément de l'entité transférée*. En l'occurrence, à supposer qu'entité économique il y eût vraiment, celle-ci consistait dans l'ensemble des moyens corporels et incorporels permettant d'exercer l'activité de tiers payants cédée ; le fait que ces éléments soient repris sans perte d'identité de l'entité économique par une autre société ne suppose pas, *en soi* et de *façon automatique*, une modification du lieu de travail. Les motifs de l'arrêt nous semblent d'ailleurs le mettre en évidence, la Cour de cassation relevant que la Cour d'appel avait constaté « *le transfert partiel à la société TPA **side à Lyon** de l'entité économique à laquelle était rattachée la salariée* » et que ce transfert « *avait entraîné par lui-même une modification de son contrat de travail* » : il pourrait donc être soutenu que c'est l'emplacement du cessionnaire (et la décision d'y affecter les éléments concernés par la cession) qui entraînait la modification, et non le transfert lui-même. Celle-ci résultait donc de la volonté du cessionnaire et de son organisation interne, rien *n'imposant* qu'il exerce l'activité reprise à Lyon et, de façon plus générale, dans un nouveau secteur géographique du point de vue des salariés (21).

13. Il ne s'agit pas ici de contester la rationalité du choix du cessionnaire de « rapatrier » l'activité ou les éléments permettant son exercice auprès de son siège (22). D'ailleurs, le cédant ne lui transmettait

(16) V., d'ailleurs, les observations sous l'arrêt commenté à la revue de jurisprudence sociale, qui commence ainsi : « *Cet arrêt se prononce sur une situation, rare semble-t-il, où le contrat de travail d'un salarié se trouve modifié par le seul effet de son transfert en application de l'article L.1224-1 du Code du travail, **sans acte de volonté imputable à l'employeur entrant*** » (nous soulignons).

(17) CJUE, ord. du 15 septembre 2010, C-386/09, point n°26, nous soulignons.

(18) V. par ex. Cass. Soc. 2 mai 2001, n°99-41.960, Bull. civ. V, n°145. Depuis, la Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence en jugeant que lorsque le contrat de travail du salarié s'exécute « *pour l'essentiel* » dans le secteur d'activité repris par le cessionnaire, c'est l'ensemble du contrat de travail qui est transféré (Cass. Soc., n°08-42.065, Bull. civ. V, n°78).

(19) Rapp. les observations qui figurent au Mensuel du droit du travail relatives à l'arrêt : « *Suite à la cession de la branche d'activité qui l'employait, le contrat de travail d'un salarié s'est vu scindé entre deux sociétés, le salarié est **passé ainsi du statut de VRP exclusif à celui de VRP multicarte et a perdu son exclusivité sur une partie de la clientèle reprise**. Il n'était pas contesté qu'un tel changement, s'analysait en une modification du contrat de travail* » (nous soulignons).

(20) V. par ex., récemment, Cass. Soc. 9 décembre 2015, n°14-18.947.

(21) V. en ce sens, P. Bailly, art. préc.

(22) V. en ce sens, J. Mouly, obs. préc.

que les éléments permettant l'exercice d'une activité parmi d'autres, si bien qu'il conservait, *a priori*, les locaux dans lesquels l'activité cédée était exercée, activité qui était, au surplus, largement « immatérielle », ce qui facilitait son exercice dans un nouveau lieu. La discussion tend seulement à mettre en évidence que ce n'est pas l'application automatique et inévitable des dispositions de l'article L.1224-1 du Code du travail qui entraînait la modification du contrat de travail, mais un *choix du cessionnaire* lié à l'emplacement de son siège et à sa décision d'y localiser les moyens affectés à l'exercice de l'activité transférée. Il est donc regrettable que la situation litigieuse ait été soumise au régime des modifications du contrat de travail entraîné par l'application de l'article L.1224-1 du Code du travail. Encore faut-il préciser que le pourvoi lui-même soutenait que tel devait être le cas, car il comptait en tirer la conséquence que le licenciement était injustifié. Dans ces conditions, reprocher à la Cour de cassation de s'être placée sur ce terrain serait sévère (22 bis).

B. L'articulation des régimes

14. Un examen approfondi des faits à l'origine de la présente affaire pourrait contribuer à se convaincre davantage que la modification n'était pas entraînée par le transfert, et qu'il est regrettable que le pourvoi, sans doute limité par les conclusions d'appel, ne l'ait pas fait valoir. La lecture de l'arrêt attaqué (23) enseigne que la salariée, qui avait jusque-là exercé son travail de secrétaire au sein de l'activité de gestion des tiers payants dans le Var, à La Seyne-sur-Mer, reçut un courrier du 15 octobre 2011 émanant du *cédant* qui l'informait de la cession avec effet au 1^{er} novembre 2011 et ajoutait : « du fait de cette cession votre contrat de travail en vertu de l'article L.1124-1 du Code du travail est repris par la (société TPA) compte tenu de vos fonctions exclusives dans cette activité (transférée). *Les modalités de votre contrat (rémunération, ancienneté, congés payés) restent acquises à l'exception de votre lieu de résidence professionnelle qui se trouve désormais à Lyon* ». Le courrier s'achevait par la mention suivante : « *Nous vous demandons de nous communiquer dans un mois au plus tard si vous acceptez ce changement* ». Fort originalement, le *cédant* semblait donc avoir proposé à la salariée une modification de son contrat de travail dans la

perspective du transfert. Le procédé, qui a déjà été désapprouvé par la Cour de cassation lorsqu'il a pour objectif d'aligner le salaire des futurs salariés transférés sur celui qui est appliqué chez le futur cessionnaire (24), étonne à deux titres. On peut, tout d'abord, se demander quelle conséquence le *cédant* aurait pu tirer d'un éventuel refus de la salariée. Surtout, cette apparente *proposition de modification* du contrat de travail, manifestement inspirée des dispositions de l'article L.1222-6 du Code du travail, suggère encore que ce n'est pas le transfert du contrat de travail qui entraînait ici ladite modification.

15. Il faut, en effet, souligner que la formule retenue par la Cour de cassation à propos des modifications entraînées par un transfert paraît déroger au principe cardinal selon lequel la modification du contrat de travail ne devrait pas pouvoir opérer sans l'accord des parties. Cette donnée structurelle, propre au contrat et à sa force obligatoire, est particulièrement mise en évidence – et parfois malmenée – par les évolutions, notamment d'ordre légal, que connaissent, depuis quelques années, les rapports entre les accords collectifs et le contrat de travail. Pourtant, aussi bien dans l'arrêt du 30 mars 2010 que dans celui présentement commenté, la Cour de cassation vise la circonstance dans laquelle le transfert *entraîne* une modification du contrat de travail, ce qui laisse entendre que la modification *prend effet* avec le transfert automatique du contrat de travail, même sans l'accord du salarié. C'est ainsi qu'Antoine Mazeaud a affirmé que, dans un tel contexte, le cessionnaire « *n'a pas la faculté de faire une offre* » de modification du contrat, car « *la modification est ; elle est là du fait du transfert* » (25). Dans le même sens, Patrick Morvan a relevé qu'« *une modification du contrat de travail est ainsi consommée, par le seul effet de la loi, au détriment du salarié* » (26). Dès lors, la proposition de modification antérieure au transfert d'entreprise suggère fortement que ce n'est pas ce dernier qui l'entraîne, mais bien un élément qui vient s'y ajouter. On ne voit pas, d'ailleurs, dans des circonstances de fait similaires à celles qui étaient à l'origine de l'arrêt du 30 mars 2010, quelle modification le *cédant* aurait pu proposer au salarié par anticipation.

16. L'automatisme du transfert d'entreprise (plus que son impérativité), une fois ses conditions réunies,

(22 bis) Certes, la Cour de cassation peut en vertu de l'article 620, al. 2 CPC, « *sauf disposition contraire, casser la décision attaquée en relevant d'office un moyen de pur droit* ». Il ne s'agit toutefois là que d'une faculté, et la notion de moyen de pur droit est parfois difficile à manier (la Cour de cassation aurait-elle pu ici ne s'appuyer que sur des faits établis par les juges du fond pour se prononcer sur la qualification de « *modification entraînée par le transfert* », revendiquée en outre par les deux parties ?).

(23) CA Aix-en-Provence, 12 juin 2014, RG 13/08306.

(24) Cass. Soc. 21 septembre 2005, n° 03-45.548 ; RJS 12/05, n° 1174.

(25) A. Mazeaud, obs. sous Cass. Soc. 30 mars 2010, Dr. Soc. 2010, p. 856. L'auteur écrivait cependant dans le même temps que la « *modification du contrat suppose son accord* (l'accord du salarié) ».

(26) P. Morvan, « *Divisibilité du contrat de travail transféré* », JCP S 2010, 1297.

pourrait donc parfois produire un effet très remarquable en *emportant avec elle* la modification du contrat de travail sans l'accord du salarié. Une *information* peut certes être envisagée, respectant la lettre, voire l'esprit, de l'article 7 de la directive du 12 mars 2001, afin de préparer ce dernier à cette situation, mais la modification ne supposerait pas qu'une proposition ait été formulée, puis acceptée. La question est loin d'être seulement théorique, puisque la Cour de cassation attache de fortes conséquences à l'absence de respect par l'employeur des règles qui gouvernent la proposition des modifications du contrat pour motif économique (27). Or, la procédure instituée par l'article L. 1222-6 du Code du travail ne devrait donc pas trouver à s'appliquer aux rares circonstances dans lesquelles la modification du contrat s'induit automatiquement du transfert (28). Est-ce à dire que, dans un tel cas, le régime du transfert d'entreprise s'applique à la modification du contrat de travail qui lui est intrinsèque ? On pourrait hâtivement le penser, puisque l'automatisme du transfert semble s'étendre à la modification qu'il entraîne. Cette première impression est toutefois contredite par l'affirmation, que l'on retrouvait déjà dans l'arrêt du 30 mars 2010, d'un *droit* « d'opposition » du salarié.

17. Le terme, sans doute choisi avec circonspection, mérite précision et stimule la réflexion. Ce droit d'opposition ainsi conféré au salarié ne porte pas sur le transfert du contrat de travail, qui demeure automatique. L'on sait, en effet, que la Cour de justice adopte, à propos d'un éventuel « droit au refus » par le salarié du transfert, une position prudente (29) que ne paraît pas contredire la Chambre sociale lorsqu'elle affirme que le refus individuel d'un salarié de la poursuite de son contrat de travail avec le nouvel employeur lors du transfert effectif de l'entité économique « *produit les effets d'une démission* » (30). Le transfert opère donc de plein droit, mais le salarié peut refuser de travailler pour le nouveau cessionnaire, en s'exposant néanmoins au régime de la démission, la rupture du contrat lui étant imputée. L'opposition rappelée dans l'arrêt du 1^{er} juin 2016 porte donc sur la *modification du contrat de travail entraînée par le transfert*, le salarié se

trouvant dans une situation « hybride » et fort étrange : le transfert entraînerait, sans son accord, une modification effective... à laquelle il pourrait néanmoins s'opposer. Il semble que les auteurs se soient peu interrogés sur la *raison d'être* de ce droit d'opposition, voire sur sa nature, sans doute parce qu'il évoquait, très naturellement, le droit de refuser une proposition de modification du contrat de travail... Il nous semble pourtant que cette comparaison est imparfaite, dès lors que la modification entraînée par l'application de l'article L. 1224-1 ne relève pas du « droit commun de la modification du contrat », comme nous avons tenté de le montrer. Pour illustrer le propos, supposons que, dans des circonstances factuelles similaires à celles de l'arrêt du 30 mars 2010, le salarié s'oppose à la modification du contrat de travail entraînée par le transfert dans ses relations avec le cessionnaire, et qu'il soit, en conséquence, licencié par ce dernier ; il nous paraît certain que, dans un tel cas, le contrat rompu *serait bien un contrat de travail à temps partiel* et que c'est sur cette base que les droits du salarié (indemnité de licenciement, préavis, etc.) devraient être calculés, malgré son opposition. Autrement dit, l'opposition ne semble pas apte à empêcher la réalisation de la modification, contrairement au refus de la proposition de modification du contrat de travail.

18. Soucieuse de trouver un équilibre délicat entre le régime du transfert d'entreprise et celui de la modification du contrat de travail, la Cour de cassation cherche peut-être, en consacrant ce droit d'opposition, à préserver une part *irréductible et minimale* d'intangibilité contractuelle, ayant au moins pour mérite d'écarter toute faute du salarié refusant d'exécuter un contrat modifié sans son accord (30 bis). L'objectif est louable, et il pourrait même être commandé par le respect du droit au maintien de l'économie des contrats légalement conclus, qui a valeur constitutionnelle, ou par le respect du droit aux biens, dans une conception « contractualiste » inspirée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Sa réalisation est pourtant loin d'être assurée, car ce « *reste de force obligatoire* » que constitue le droit d'oppo-

(27) On sait que la Cour de cassation juge que, si les dispositions de l'article L. 1222-6 du Code du travail n'ont pas été respectées, l'employeur ne peut se prévaloir ni d'une acceptation, ni d'un refus du salarié (V., par ex., Cass. Soc. 25 janvier 2005, n° 02-41.819, Bull. civ. V, n° 18).

(28) Au demeurant, qui devrait assurer son respect ? L'article L. 1222-6 du Code du travail vise l'employeur qui envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3 du Code du travail. Tel n'est pas le cas du cédant, qui n'est normalement pas concerné par les modalités d'exécution du contrat après le transfert ; le cessionnaire, avant le transfert, n'est pas l'employeur.

(29) CJCE, 16 décembre 1992, C 132/91, *Katsikas*, Dr. Ouv. 1999, p. 418, n. P. Moussy : la directive « *ne fait pas obstacle à ce*

qu'un travailleur employé par le cédant à la date du transfert d'entreprise (...) s'oppose au transfert au cessionnaire de son contrat ou de sa relation de travail. La directive ne fait cependant pas obligation aux États membres de prévoir que, dans l'hypothèse où le travailleur décide librement de ne pas poursuivre le contrat ou la relation de travail avec le cessionnaire, le contrat ou la relation de travail est maintenu avec le cédant. Elle ne s'y oppose pas non plus. Dans l'hypothèse dont il s'agit, il appartient aux États membres de déterminer le sort réservé au contrat ou à la relation de travail avec le cédant ».

(30) Cass. Soc. 10 octobre 2006, n° 04-40.325, Bull. civ. V, n° 295.

(30 bis) Nous verrons que ce droit d'opposition permet également à la Cour de cassation de se conformer à la jurisprudence de la Cour de justice (v. infra, § n° 29).

sition a une portée limitée (31). Comme la Cour de cassation le reconnaissait déjà dans l'arrêt du 30 mars 2010, elle énonce que, lorsque le salarié s'oppose à la modification entraînée par le transfert, le cessionnaire doit, « *s'il n'est pas en mesure de maintenir les conditions antérieures* », soit « *formuler de nouvelles*

propositions », soit « *tirer les conséquences de ce refus en engageant une procédure de licenciement* ». La formule laissait déjà penser que celui-ci pouvait être justifié, mais ne définissait pas précisément le motif du licenciement. Cette légitimité est confirmée par l'arrêt du 1^{er} juin 2016.

II. Les mystères liés au licenciement prononcé en cas d'opposition à la modification entraînée par le transfert

La Cour de cassation n'apporte, dans l'arrêt commenté, aucune précision sur la *nature* du licenciement consécutif à l'opposition du salarié à la modification du contrat de travail (A) et très peu d'explications sur sa *justification*, qui semble pourtant assurée (B).

A. La nature du licenciement

19. Alors qu'il se prononce sur la justification du licenciement, l'arrêt reste donc totalement silencieux sur sa qualification. Ce silence pourrait étonner, tant le lien entre justification et qualification est fondamental : à titre d'exemple, si le licenciement a une nature économique, l'employeur doit respecter son obligation de reclassement à l'égard de chaque salarié dont le licenciement est envisagé, faute de quoi le licenciement est sans cause réelle et sérieuse. La question n'avait pas été abordée dans l'arrêt du 30 mars 2010, mais cela était logique, puisque le contrat de travail avait été rompu par le salarié qui reprochait à l'employeur d'avoir « *unilatéralement modifié* » (32) son contrat de travail. L'arrêt commenté aurait donc fait œuvre utile en se prononçant sur ce point particulier, mais, à nouveau, la Cour de cassation n'a pas été sollicitée par le pourvoi en ce sens. Certes, il reprochait à la Cour d'appel, dans sa quatrième branche, d'avoir estimé que le refus opposé par la salariée à la modification de son contrat de travail était « *d'ordre personnel* », puis jugé que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse, alors qu'elle relevait que ce motif d'ordre personnel « *était légitime* ». Le grief ne portait néanmoins pas sur la nature même du licenciement, et semblait plutôt dénoncer une sorte de contradiction logique. Le mystère subsiste donc : le licenciement prononcé par le cessionnaire à la suite de l'opposition du salarié à la modification du contrat entraînée par l'application de

l'article L.1224-1 a-t-il une nature économique, une nature personnelle ou relève-t-il d'une catégorie *sui generis* ?

20. Il faut, avant de se confronter à cette question, relever qu'il ne semble pas de bonne méthode de l'aborder en se fondant sur les solutions jurisprudentielles propres au licenciement consécutif au refus d'une modification du contrat de travail. Ainsi que nous avons tenté de le montrer, le régime que les Hauts magistrats sont obligés de façonner, en l'absence de dispositions législatives (33), suit une logique progressive : le transfert s'imposant automatiquement, lorsqu'il entraîne par lui-même une modification du contrat qui est inévitable, *celle-ci opère de ce seul fait* ; l'effectivité de la modification n'est donc subordonnée *ni à une proposition* antérieure, ni à son *acceptation* par le salarié. Il semblerait, par conséquent, impropre d'appliquer la solution jurisprudentielle classique selon laquelle, face à un salarié refusant une proposition de modification de son contrat de travail, l'employeur peut soit renoncer à son projet, soit prononcer le licenciement du salarié pour la cause à l'origine de *la proposition*, si elle est réelle et sérieuse. Il n'existe, en effet, aucune proposition à laquelle le cessionnaire peut renoncer dans l'hypothèse considérée, et identifier le transfert du contrat de travail comme la cause de licenciement soulève de vrais questionnements, comme nous le verrons plus tard (34). Cette opinion soulève évidemment une difficulté, car la qualification du licenciement consécutif au refus d'une proposition de modification d'un contrat de travail dépend tout simplement de la cause de cette proposition. Si la proposition de modification trouve sa source dans un fait du salarié considéré par l'employeur comme fautif, le licenciement sera de nature disciplinaire ; selon le même raisonnement, le

(31) En ce sens, J. Icard, obs. préc. V., pour des termes plus sévères, P. Morvan, art. préc. (l'auteur évoque un droit de refus « *en trompe-l'œil* »).

(32) Les termes, souvent utilisés, paraissent impropres dès lors que la modification d'un contrat suppose, en principe, l'accord des parties. La « *modification unilatérale* » du contrat n'existe donc pas et consiste simplement dans une exécution non conforme du contrat.

(33) Mais en considération du droit de l'Union européenne et, plus précisément, de l'article 4 § 2 de la directive du 12 mars 2001 (v. *infra*, n° 28 et 29).

(34) V. *infra*, n° 28.

licenciement prononcé à la suite d'une proposition de modification reposant sur un motif économique sera lui-même de nature économique. Il y a là une solution qui tient aux *mobiles* qui ont conduit l'employeur à proposer la modification du contrat de travail. Puisqu'il nous paraît nécessaire de raisonner dans d'autres termes, une option se présente(ra) à la Cour de cassation en l'absence de dispositions législatives applicables à la circonstance particulière envisagée : soit se rattacher aux qualifications classiques, soit élaborer une qualification *sui generis*.

21. On a scrupule à rappeler que, de façon générale, le licenciement peut relever de deux qualifications qui sont présentées comme « complémentaires » : soit le licenciement repose sur un ou plusieurs motifs inhérents à la personne, et il s'agit d'un licenciement personnel, ce qui peut ensuite correspondre à diverses « sous-qualifications » (disciplinaire, trouble objectif, insuffisance professionnelle, etc.) ; soit le licenciement est prononcé pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié, auquel cas il s'agit d'un licenciement pour motif économique (35). Bien que la Cour d'appel se soit apparemment prononcée en ce sens, la qualification de licenciement personnel paraît inadéquate. Le licenciement est, en effet, lié à une modification et à un transfert auxquels la personne du salarié est étrangère ; quant à l'*exercice du droit* d'opposition qui lui est octroyé par la Cour de cassation, il ne comporte pas de dimension personnelle, quelles que soient les raisons qui le fondent. Outre que le licenciement consécutif à l'opposition du salarié ne peut donc reposer sur une faute du salarié (sauf abus de ce droit d'opposition, qu'on conçoit fort mal), il est difficile d'identifier, dans une conception rigoureuse de la modification entraînée par l'application de l'article L. 1124-1 du Code du travail ou dans une conception plus critiquable comme en l'espèce, un motif lié à la *personne* du salarié qui soit à l'origine du licenciement.

22. Faut-il alors préférer la qualification de licenciement pour motif économique ? La tentation est forte si l'on s'en tient à l'analyse classique selon laquelle tout licenciement doit être classé – sauf intervention législative – soit dans la catégorie des licenciements personnels, soit dans la catégorie des licenciements économiques. Elle peut, à vrai dire, s'autoriser de l'article L. 1233-3 al. 1, qui dispose

notamment que « *constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs **non inhérents** à la personne du salarié* », si l'on y voit, comme la majorité de la doctrine, la définition de la « cause qualificative » de ce type de licenciement. En l'absence de motif personnel, le licenciement devrait donc nécessairement être de nature économique, ce qui aurait pour avantage de faire bénéficier le salarié du régime correspondant. Sur un plan individuel, le cessionnaire devrait, notamment, respecter l'obligation de reclassement ; sur un plan collectif, les obligations liées au plan de sauvegarde de l'emploi seraient applicables, dès lors que l'entreprise cessionnaire compte au moins cinquante salariés et que dix d'entre eux s'opposent à la modification de leur contrat de travail et que leur licenciement est envisagé. Les risques de contournement du droit du licenciement économique, redoutés par certains commentateurs de l'arrêt (36), seraient ainsi évités.

23. Le silence conservé par l'arrêt sur le sujet de la qualification du licenciement ne permet pas, toutefois, d'écarter une possible volonté de la Cour de cassation de retenir en la matière une qualification « autonome », éventualité qui avait sérieusement été suggérée par Pierre Bailly dans une rapide présentation de l'arrêt du 30 mars 2010 (37). Bien que Jean Mouly doute, de façon fort intéressante, que la Cour de cassation soit en mesure de développer des licenciements *sui generis* (38), l'on songe immanquablement (39) à un arrêt du 2 décembre 2009 relatif à la reprise par une personne publique, dans le cadre d'un service public administratif, d'une entité économique à laquelle étaient rattachés des salariés titulaires d'un contrat de travail avant l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005 ayant introduit un article devenu depuis l'article L. 1224-3 du Code du travail. En effet, la Cour de cassation jugeait que, dans ce cas, « *le refus, par le salarié, des conditions d'intégration proposées par la personne publique reprenant l'entité économique à laquelle il est rattaché, en raison des modifications qu'elles apportent au contrat de travail en cours au jour du transfert, constitue pour l'employeur public une cause réelle et sérieuse de licenciement, ne relevant pas des dispositions relatives au licenciement économique, dès lors qu'il ne lui est pas possible, au regard des dispositions législatives ou réglementaires dont relève son personnel, de maintenir le contrat de travail*

(35) Art. L. 1233-3 C. trav.

(36) V. P. Bailly, et J. Mouly, préc.

(37) P. Bailly, « Actualité jurisprudentielle du transfert d'entreprise – Première partie », S.S.L. 2010, n° 1445.

(38) Obs. préc. : « *Ensuite, à supposer que la Cour ait entendu faire du refus d'une modification du contrat par le salarié, lorsqu'elle serait inhérente au transfert de l'entreprise, une cause autonome*

de licenciement, à l'image de celles déjà créées par le législateur, une telle initiative, qui, à tout le moins, évincerait le droit des licenciements économiques au profit de celui sur les licenciements pour motifs personnels, serait des plus contestables. Il est très douteux, en effet, que le juge, qui a pour mission d'appliquer la loi, puisse procéder à de telles modifications du droit positif ».

(39) V. P. Bailly, et J. Mouly, préc.

de droit privé en cours au jour du transfert ou d'offrir à l'intéressé un emploi reprenant les conditions de ce contrat » (40). Si les situations ne sont pas strictement identiques, elles sont relativement proches. En effet, le cessionnaire, par application de la jurisprudence *Berkani*, ne pouvait, en principe, maintenir la qualification de contrat de travail, le Tribunal des conflits jugeant que les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public administratif géré par une personne publique sont des agents contractuels de droit public, quel que soit leur emploi. Lorsque ce « passage du privé au public » – étranger à la volonté du cessionnaire – lié au transfert *empêchait* ce dernier de maintenir le contrat ou de proposer un contrat de droit public « équivalent », il pouvait licencier le salarié au motif de son refus des conditions d'intégration proposées. C'est donc lorsque la personne publique cessionnaire se trouvait dans *l'impossibilité* de maintenir le contrat de droit privé ou de proposer un contrat de droit public reprenant ses conditions, au regard des dispositions législatives ou réglementaires applicables à son personnel, impossibilité intrinsèquement liée au transfert, que *le refus du salarié pouvait justifier un licenciement*. Ici encore, le lien entre qualification et justification était évident : le caractère *sui generis* du licenciement portait tant sur sa qualification (prononcé pour un motif non inhérent à la personne du salarié, il n'était pourtant pas soumis au droit du licenciement pour motif économique) que sur sa justification, qui ne se rattache pas à des causes réelles et sérieuses classiques.

24. On peut, pourtant, se demander s'il était nécessaire de faire échapper le licenciement intervenant dans de telles conditions au régime des licenciements pour motif économique pour pouvoir asseoir sa légitimité (41). La découverte d'une nouvelle cause justificative de licenciement économique est, en effet, permise par la rédaction de l'article L. 1233-3 du Code du travail qui dispose, comme chacun sait, que ce licenciement résulte « d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives **notamment** à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques » (41 bis). Si la Cour de cassation était un jour saisie de la question de la qualification du licenciement consécutif à

l'opposition du salarié à la modification entraînée par l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, l'« exportation » de la solution retenue dans l'arrêt du 2 décembre 2009 n'aurait de sens que si la création d'une catégorie autonome de licenciement était véritablement expliquée. Autrement dit, puisque la création de nouvelles causes justificatives de licenciement économique est accessible à la Cour de cassation, quelle est la raison *technique* qui justifierait *l'éviction* de la *qualification* de licenciement économique (42) ?

B. La justification du licenciement

25. C'est sur la justification du licenciement (42 bis) prononcé à la suite de l'exercice par le salarié de son droit d'opposition que les critiques doctrinales se sont logiquement concentrées. Ces dernières sont schématiquement de deux ordres, qu'il convient de bien distinguer. Il peut être reproché à la Cour de cassation, tout d'abord, d'avoir appliqué à l'espèce le régime propre aux modifications du contrat de travail entraînées par l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, alors qu'elle n'en relevait pas (43). Le droit commun applicable à la modification du contrat de travail et, partant, le droit du licenciement économique auraient dû ici s'appliquer, car le transfert de l'entité économique n'impliquait pas, par lui-même, un changement de lieu de travail. La critique nous paraît *abstraitement* fondée, mais elle appelle deux précisions. Il faut, tout d'abord, relever que ce grief ne porte pas alors sur le *régime* que semble vouloir attacher la Cour de cassation à la notion, mais sur son champ d'application. En outre, ainsi que cela a déjà été dit, le pourvoi ne contestait pas l'application de ce régime, mais *en sollicitait au contraire le bénéfice* – en s'en faisant, certes, une conception différente de celle qui est retenue par les Hauts magistrats, si bien que cette discussion propre à la notion ne leur était pas soumise. Les reproches peuvent, ensuite, être précisément adressés au *régime* retenu par la Cour de cassation qui, selon certains, prive le droit d'opposition de toute portée réelle (44). C'est sur ce point particulier que nous concentrerons notre attention : le licenciement consécutif à l'exercice par le salarié de son droit d'opposition doit-il, et si oui à quelles conditions, reposer sur une cause réelle et sérieuse ?

(40) Cass. Soc. 2 décembre 2009, n° 07-45.304, Bull. civ. V, n° 270.

(41) Comp. J.-B. Cottin, « Transfert d'une entité économique autonome vers un service public administratif », RJS 1/06, p. 3.

(41 bis) L'adverbe a été conservé dans la nouvelle rédaction de l'article L. 1233-3 issue de la loi du 8 août 2016 qui entrera en vigueur le 1^{er} décembre 2016.

(42) Rapp. le commentaire de l'arrêt à la RJS, préc. : « La Cour de cassation semble créer ainsi une **cause réelle et sérieuse** de licenciement *sui generis* » (nous soulignons).

(42 bis) On notera que la question de la justification d'une rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée après opposition du salarié soulèverait d'autres difficultés, et pourrait faire apparaître une cause de rupture « *sui generis* ».

(43) V., en ce sens, P. Bailly, « L'esprit du transfert... », art. préc. et J. Mouly, obs. préc.

(44) V., not., J. Icard, obs. préc.

26. À ce propos, l'arrêt du 1^{er} juin 2016 dit peu de chose nouvelles, mais elles semblent essentielles. Il semble rappeler, dans un premier temps, que ce n'est que si le cessionnaire « *n'est pas en mesure de maintenir les conditions antérieures* » qu'une alternative s'impose à lui, avec la liberté de choisir la première ou la seconde branche : soit il formule de nouvelles propositions, soit il engage une procédure de licenciement. Le cessionnaire ne pourrait donc engager la procédure de licenciement que s'il est confronté à cette première impossibilité. La précision a peu retenu l'attention des commentateurs, et il faut admettre qu'elle intrigue. Si l'on retient une conception stricte de la notion de modification entraînée par l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail (il doit s'agir de la modification qui s'impose inévitablement aux salariés concernés et au cessionnaire du fait même du transfert, indépendamment de la volonté de ce dernier), l'on voit mal, en effet, comment le cessionnaire serait en mesure de maintenir les conditions antérieures... L'impossibilité de maintenir les conditions antérieures ne serait pas alors une condition mise à la justification du licenciement ; elle viendrait plutôt expliquer pourquoi le licenciement étudié doit, selon la Cour de cassation, avoir une cause réelle et sérieuse, malgré l'opposition du salarié. En revanche, si, au-delà des données propres à l'affaire, et notamment au pourvoi, l'arrêt témoigne d'une volonté de la Cour de cassation d'élargir la notion de modification entraînée par l'application de l'article L. 1224-1, *ce qui n'est pas souhaitable*, la précision pourrait permettre un certain contrôle de la légitimité du licenciement. Ainsi, en l'espèce, la salariée aurait pu faire valoir devant les juges du fond que le cessionnaire devait démontrer qu'il n'avait pas été en mesure de maintenir son lieu de travail dans le secteur géographique, ou tout du moins expliquer son choix. Cet éventuel contrôle serait d'une intensité très incertaine, mais il mériterait d'être exploré.

27. L'arrêt rappelle également que le cessionnaire, s'il n'est pas en mesure de maintenir les conditions antérieures, doit soit formuler de nouvelles propositions, soit tirer les conséquences du refus du salarié en engageant une procédure de licenciement. La formulation de nouvelles propositions paraissant concrètement difficile (du moins dans la conception stricte évoquée plus haut), et celle-ci étant présentée comme une simple possibilité, elle semble grandement hypothétique. Aussi faut-il porter son attention sur « l'engagement de la procédure de licenciement », qui apparaissait déjà dans l'arrêt du 30 mars 2010

sans autre précision. L'arrêt du 1^{er} juin 2016 va, à ce sujet, manifestement plus loin en retenant que la Cour d'appel « *qui a constaté que le transfert (...) avait entraîné par lui-même une modification de son contrat de travail, en a exactement déduit que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse* ». Il est difficile de ne pas voir dans ces motifs l'affirmation pure et simple que le licenciement du salarié qui exerce son droit d'opposition repose *nécessairement* sur une cause réelle et sérieuse, ce qui appelle de brèves réflexions, le commentaire étant déjà trop long.

28. La faiblesse du droit d'opposition du salarié est, tout d'abord, clairement mise en évidence. Elle ne doit pas étonner, selon nous, dès lors que ce droit ne peut être assimilé au droit au refus d'une proposition de modification du contrat de travail (45), qui, d'ailleurs, est loin de garantir le salarié contre le risque du licenciement, celui-ci étant justifié lorsque la cause de la proposition refusée est réelle et sérieuse. La légitimité du licenciement consécutif au droit d'opposition paraît, ensuite, inévitable. Ce droit, en effet, ne doit trouver à s'appliquer qu'aux situations dans lesquelles la modification du contrat de travail résulte automatiquement du transfert, sans aucune implication supplémentaire de la volonté du cessionnaire (46). Dans cette conception restrictive, le licenciement n'est pas prononcé parce que le cessionnaire a pris une décision particulière affectant son entreprise ayant des conséquences sur les salariés « transférés » et dont il devrait endosser la responsabilité ; il l'est parce que la modification du contrat de travail s'impose également à lui qui, *s'il ne peut maintenir les conditions antérieures*, ne peut faire autrement qu'envisager la rupture du contrat de travail lorsque le salarié s'oppose à la modification de son contrat de travail (47). Quel est, encore, le motif de ce licenciement ? Si l'on devait raisonner comme en matière de modification « classique » du contrat de travail, il s'agirait du transfert de l'entreprise, qui est la cause de la modification. Cela semblerait, à première vue, contraire à l'article 4 § 1 de la directive du 12 mars 2001 en vertu duquel « *le transfert d'une entreprise, d'une partie d'entreprise ou d'établissement ne constitue pas en lui-même un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire* ». Il faut, cependant, insister une dernière fois sur le caractère « dérogoire » de la modification en cause, et en revenir au paragraphe 2 de l'article 4 de la directive, déjà évoqué au début de ce commentaire. Celui-ci énonce, en effet, que « *si le contrat de travail ou la relation de travail est résilié du fait que le transfert entraîne*

(45) V. *supra*, n° 17 et 18.

(46) Ce qui n'était pas, selon nous, objectivement le cas ici, mais n'était pas contesté par le pourvoi. V. *supra*, n° 12.

(47) Rapp. P. Bailly, « L'esprit... », art. préc. A supposer que ce licenciement soit de nature économique, il conviendrait cependant de s'assurer du respect de l'obligation de reclassement.

une modification substantielle des conditions de travail au détriment du travailleur, la résiliation du contrat de travail ou de la relation de travail est considérée comme intervenue du fait de l'employeur ». La cause de la rupture n'est donc pas ici le transfert en lui-même ; il consiste, selon nous, dans la réunion de divers éléments : modification du contrat imposée par le transfert d'entreprise, étrangère à toute volonté de l'employeur ; impossibilité pour l'employeur de maintenir les conditions antérieures ; opposition du salarié à cette modification.

29. Notons, enfin, que la solution retenue par la Cour de cassation n'est pas imposée par le droit de l'Union européenne, mais qu'elle lui est conforme. En effet, selon la Cour de justice, l'article 4 § 2 de la directive du 12 mars 2001 n'oblige pas les États membres à garantir au travailleur dans cette situation un droit à une indemnisation à la charge de cessionnaire identique à celle qui est due en cas de licenciement illégal, la juridiction nationale étant cependant tenue « de garantir (...) que le cessionnaire supporte (...) les conséquences que le droit national applicable attache à la résiliation du contrat de travail ou de la relation de travail du fait de l'employeur, telles que le versement du salaire et des autres avantages correspondant, en vertu de ce droit, à la période de préavis que ledit employeur est tenu de respecter » (48). Autrement dit, la rupture intervenant dans ces conditions doit s'analyser comme un licenciement, et non comme une démission, et il ne peut s'agir que d'un licenciement pour cause réelle et sérieuse ou dépourvu de cause réelle et sérieuse, et non d'un licenciement pour faute grave (49), ce que le droit d'opposition a au moins le mérite d'exclure.

(48) CJCE, 27 nov. 2008, aff. C-396/07, *Juuri* ; RJS 3/09 n°296, Chronique J.-Ph. Lhernould, p.193.

(49) L. Driguez, Europe n°1, janvier 2009, comm. 28.

30. L'arrêt du 1^{er} juin 2016 laisse donc de nombreuses questions en suspens. La notion de modification entraînée par l'application de l'article L.1224-1 n'en sort pas mieux définie, bien au contraire. La qualification du licenciement prononcé lorsque le salarié s'oppose à cette modification reste incertaine, alors qu'elle est évidemment susceptible d'avoir des conséquences sur sa justification : licenciement pour motif économique ou licenciement reposant sur un motif *sui generis* ? Le motif exact du licenciement dans de telles circonstances n'est pas si clairement identifié, ce qui ne permet pas de se prononcer avec certitude sur la pertinence de la solution, ni, sur un plan beaucoup plus pratique, sur la motivation qui doit figurer dans la lettre de licenciement. Il n'est pas sûr qu'il faille en tenir rigueur à la seule Cour de cassation : après tout, les termes de la discussion menée devant elle sont définis par le pourvoi et, au cas présent, celui-ci ne développait pas tous les griefs auxquels l'arrêt semblait objectivement s'exposer (peut-être parce qu'il était lui-même « limité » par les moyens développés devant la Cour d'appel). Aussi peut-on espérer que l'arrêt, bien que publié, n'est pas le signe d'une « libéralisation » des licenciements intervenant dans le cadre des transferts d'entreprise (50). Si tel devait être le cas, d'assez nombreux éléments de contestation du licenciement prononcé dans des conditions similaires pourraient être mobilisés : définition de la modification entraînée par l'application de l'article L.1224-1 du Code du travail, qualification du licenciement, justification de l'impossibilité de conserver les conditions antérieures...

Dirk Baugard

(50) Comp. art. 94 de la loi Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

TRANSFERT D'ENTREPRISE Transfert partiel – Changement de lieu de travail – Modification du contrat (oui) – Opposition du salarié – Effets – Licenciement – Cause réelle et sérieuse (oui).

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 1^{er} juin 2016

T. contre Sud santé services (p. n°14-21.143)

Sur le moyen unique pris en ses troisième et quatrième branches :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 12 juin 2014), que Mme T., a été engagée à compter du 15 novembre 2005 en qualité de secrétaire comptable par la société Mousset santé services, devenue Sud santé services et exerçait ses fonctions au siège de la société à La Seyne-sur-Mer (Var) ; que par lettre du 15 octobre 2011, la société Sud santé services a informé l'intéressée que du fait de son

affectation exclusive à l'activité de gestion des tiers payant et de la cession avec effet au 1^{er} novembre 2011 de cette branche d'activité à la société Tiers payant assistance (TPA) ayant son siège à Lyon, son contrat de travail était transféré en application des dispositions de l'article L.1224-1 du code du travail à cette société et que ses fonctions seraient exercées à Lyon ; que refusant le changement de son lieu de travail du fait de l'éloignement géographique, la salariée a été licenciée par la société TPA par lettre du 25 novembre 2011 ;

Attendu que la salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de ses demandes de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors, selon le moyen :

1°/ que l'application des dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail est subordonnée au transfert d'une entité économique autonome, laquelle se définit comme un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre ; qu'en l'espèce, pour dire que le contrat de travail de l'exposante avait été transféré à la société TPA en application de ce texte, la cour d'appel s'est déterminée par la circonstance que la gestion des tiers payant pour les officines de pharmacie constituait une branche d'activité autonome à laquelle Mme T. était exclusivement affectée depuis 2008 ; qu'en statuant ainsi, sans indiquer en quoi l'activité de gestion des tiers payant était exercée par un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels poursuivant un objectif propre, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard du texte susvisé ;

2°/ qu'en retenant que la gestion des tiers payant pour les officines de pharmacie constituait une branche d'activité autonome à laquelle Mme T. était exclusivement affectée depuis 2008, pour en déduire que le contrat de travail de l'exposante avait été transféré à la société TPA en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, sans répondre au chef péremptoire des conclusions d'appel de la salariée, développé oralement à l'audience, qui faisait valoir qu'à l'instar des autres membres du personnel, l'exposante travaillait indifféremment sur les tâches de tiers payant, de comptabilité, de secrétariat et de gestion des stocks de toutes les pharmacies dont la société Sud santé services avait la charge, tandis que parmi ces salariés, seule l'exposante s'était vue signifier le transfert de son contrat de travail, ce qui caractérisait une mesure discriminatoire et incompatible avec la règle d'ordre public du texte susvisé, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°/ que lorsque l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail entraîne une modification du contrat de travail autre que le changement d'employeur, le salarié est en droit de s'y opposer ; que, si, en cet état, le cessionnaire a la faculté de tirer les conséquences de ce refus en engageant une procédure de licenciement, ledit refus ne peut, à lui seul, constituer un motif de rupture du contrat de travail ; qu'en l'espèce, il est constant qu'à la suite de la cession d'une partie des activités de la société Sud santé services à la société TPA et au refus de la salariée de travailler pour le compte de cette dernière, Mme T. a fait l'objet d'un licenciement motivé par « son refus de changement de (ses) conditions de travail » ; que, dès lors, en décidant que le licenciement est justifié par une cause réelle et sérieuse, tout en relevant que le transfert du contrat de travail de la salariée entraînait la modification d'un élément

essentiel de ses conditions d'exécution et, partant, était subordonné à l'accord préalable de Mme T., ce dont il résulte que le refus exprimé par l'intéressée ne pouvait constituer un motif de licenciement, la cour d'appel a omis de tirer les conséquences légales de ses propres constatations et violé le texte susvisé, ensemble l'article L. 1221-1 du Code du travail ;

4°/ qu'en estimant que le refus opposé par la salariée à la modification de son contrat de travail était « d'ordre personnel », pour en déduire que son licenciement est justifié par une cause réelle et sérieuse, tout en relevant que ce motif était légitime, ce dont il résulte que le motif tiré d'un tel refus ne pouvait justifier la rupture du contrat de travail, la cour d'appel a omis de tirer les conséquences légales de ses propres constatations et violé l'article L. 1224-1 du code du travail, ensemble l'article L. 1221-1 du même code ;

Mais attendu que, lorsque l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail entraîne une modification du contrat de travail autre que le changement d'employeur, le salarié est en droit de s'y opposer ; qu'il appartient alors au cessionnaire, s'il n'est pas en mesure de maintenir les conditions antérieures, soit de formuler de nouvelles propositions, soit de tirer les conséquences de ce refus en engageant une procédure de licenciement ; que la cour d'appel qui a constaté que le transfert partiel à la société TPA sise à Lyon de l'entité économique à laquelle était rattachée la salariée avait entraîné par lui-même une modification de son contrat de travail, en a exactement déduit que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur les première et deuxième branches du moyen qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi ;

(M. Frouin, prés. – Mme Depelley, rapp. – M. Petitprez, av. gén.)